



**University of
Zurich^{UZH}**

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2015

Gutachten und Zwang in der (forensischen) Psychiatrie

Mausbach, Julian

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-117731>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Mausbach, Julian (2015). Gutachten und Zwang in der (forensischen) Psychiatrie. Jusletter, (27.04.2015):1-16.

Julian Mausbach

Gutachten und Zwang in der (forensischen) Psychiatrie

Die forensische Psychiatrie wird an verschiedenen Stellen mit der Frage konfrontiert, wann zwangsweise auf Personen eingewirkt werden darf. Dies wird zunächst anhand der Begutachtung von beschuldigten Personen im Strafverfahren untersucht. Dabei ist eine Limitierung der forensischen Psychiatrie festzustellen. Für sonstige Zwangsmassnahmen, wie die Untersuchung zu Zwangsmedikation und bezugnehmend auf das Erwachsenenschutzrecht zeigt, ist dies nicht durchweg Fall. Dies wird zum Anlass genommen, die Rechtsgrundlagen kritisch zu hinterfragen und eine Vereinheitlichung mit Blick auf die Regeln zur «Behandlung ohne Zustimmung» anzuregen.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Strafrecht Schweiz Allgemeiner Teil; Strafprozessrecht; Geistige und psychische Gesundheit

Zitiervorschlag: Julian Mausbach, Gutachten und Zwang in der (forensischen) Psychiatrie, in: Jusletter 27. April 2015

Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Gutachten
 - 2.1 Zwangsgutachten
 - 2.2 Aktengutachten
 - 2.3 Zusammenfassung Gutachten und Zwang
- 3 Zwangsmassnahmen nach Erwachsenenschutzrecht
- 4 Zwangsmedikation
- 5 Zwangsmassnahmen in der forensischen Psychiatrie
- 6 Fazit

1 Einleitung

[Rz 1] Zwang — im Sinne des Einwirkens von aussen auf jemanden unter Anwendung oder Androhung von Gewalt¹ — taucht mit Blick auf die forensische Psychiatrie in verschiedenen Zusammenhängen in der Welt des Rechts auf. Klassischerweise sind namentlich die folgenden Begriffe in Rechtstexten zu finden: Zwangsbegutachtung², Zwangsmedikation³, Zwangsbehandlung⁴ und Zwangsmassnahmen⁵. Diese Aufzählung soll vorliegend dazu dienen, zu untersuchen, inwieweit Zwang im Rahmen medizinischer Massnahmen gegenwärtig ist und de lege lata eine Daseinsberechtigung beanspruchen kann und wie es zukünftig um diese bestellt ist angesichts aktueller gesetzgeberischer Wertungen.

[Rz 2] Der Beitrag untersucht zunächst die Möglichkeit der Begutachtung von beschuldigten Personen gemäss der Strafprozessordnung. Von der Frage der Zwangsbegutachtung ausgehend über die Zwangsmedikation wird dann der Bogen hin zur Frage nach Zwangsmassnahmen in der (forensischen) Psychiatrie insgesamt gespannt. Im Lichte des neuen Erwachsenenschutzrechts wird dabei beleuchtet, wie die Rolle von (inhaftierten) Personen in Bezug auf die Voraussetzungen bzw. Grundlagen einer Zwangsmassnahme zu bewerten ist.⁶

2 Gutachten

[Rz 3] Die Frage der Begutachtung von Straftätern spielt seit jeher eine wesentliche Rolle im Strafverfahren. Gerade die Frage der Schuldfähigkeit ist hier von besonderer Bedeutung. Es war und

¹ Definition nach Duden (<http://www.duden.de/rechtschreibung/Zwang>).

² Siehe etwa die Regeste zu BGE 124 I 40.

³ Etwa Art. 62 und Art. 63 Berner Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG), abrufbar unter https://www.sta.be.ch/belex/d/3/341_1.html.

⁴ Siehe Art. 24 Justizvollzugsverordnung Zürich (JVZ), abrufbar unter <http://www.zhlex.zh.ch/Erlass.html?Open&Ordnr=331.1>.

⁵ Etwa im Bereich Art. 251 StPO.

⁶ Der Beitrag bezieht sich dabei auf psychiatrische Massnahmen oder Behandlungen. Zwangsweise Behandlungen somatischer Erkrankungen sind nicht umfasst. Des Weiteren sind Zwangsmassnahmen aller Art in den Bereichen des Ausländer- und Asylwesens nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Auch die Frage einer allenfalls zwangsweisen Unterbringung im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung sowie Zwangsmassnahmen aufgrund disziplinarrechtlicher Vorgaben sind nicht Gegenstand des Beitrages. Gleiches gilt darüber hinaus für den Bereich der Zwangssterilisationen.

ist Aufgabe von Psychiatern⁷, diese Begutachtung vorzunehmen und dem Richter eine sachverständige Einschätzung vorzulegen. Darüber hinaus sind regelmässig weitere Themen Gegenstand einer gutachterlichen Abklärung, die (auch) durch forensische Psychiater vorgenommen wird. Die schweizerische Strafprozessordnung (StPO) nennt in Art. 251 ausdrücklich die Hafterstehungs- und Verhandlungsfähigkeit, bezieht sich aber auch insgesamt auf die geistige Gesundheit.

[Rz 4] Dabei ist der forensische Psychiater nicht selten in einer Situation, in welcher er auf die Mitwirkung der zu begutachtenden Person nicht zählen kann. Allenfalls gewinnt die Situation auch dadurch an Komplexität, dass bereits sich im Ergebnis widersprechende Gutachten vorliegen. Tritt dann noch hinzu, dass die Konstellation aufgrund eines eher geringen strafrechtlichen Anlasses kaum in eine stationäre Massnahme oder Verwahrung münden wird, kann der Handlungsspielraum für eine Begutachtung stark verengt sein. In den Printmedien wurden eine solche Konstellation unlängst wie folgt betitelt: «An den Grenzen des Strafrechts angelangt»⁸. Ob und gegebenenfalls welche Optionen für eine Begutachtung dennoch in Situationen bestehen, in denen Exploranden eine aktive Mitwirkung verweigern, wird im folgenden dargestellt.

2.1 Zwangsgutachten

[Rz 5] Bereits aus der Tatsache, dass eine Begutachtung unter Mitwirkung der zu begutachtenden Person im Regelfall auf umfangreichere Begutachtungsaspekte eingehen kann und insofern eine grössere Aussagekraft hat, ergibt sich, dass jedenfalls dann, wenn man auf eine aktive Mitwirkung des Beschuldigten abstellen will, sogenannte Zwangsbegutachtungen grundsätzlich keine anzustrebende Lösung sind. Nun ist diese Mitwirkung aber nicht immer erreichbar und es stellt sich die Frage, wie es dann um die Möglichkeit einer Begutachtung steht. Hier scheint die Strafprozessordnung mit Art. 251 StPO einen Weg aufzuzeigen, indem sie dort unter dem 5. Titel «Zwangsmassnahmen» statuiert, dass dem Grundsatz nach die beschuldigte Person einer Untersuchung auch des geistigen Zustandes zugeführt werden kann. Das Bundesgericht nimmt an, dass eine Zwangsbegutachtung in einer psychiatrischen Klinik keinen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit bedeutet.⁹ Dies mag in vielen Fällen zutreffen, ist aber nicht ausreichend präzise für all jene Verfahren, in denen eine beschuldigte Person begutachtet werden soll. Im Strafverfahren kollidiert ein zwangsweises Begutachtungsgeschehen, mindestens in einigen Konstellationen, mit den dort anzuwendenden Grundsätzen. Gerade wenn man durch den Zwang ein aktives Mitwirken zu erzielen sucht, kollidiert dies allenfalls mit den Rechten des Beschuldigten. Entsprechend Art. 113 Abs. 1 StPO¹⁰ ergibt sich, dass sich eine beschuldigte Person nicht selbst belasten muss (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Daher kann der Beschuldigte nicht zur aktiven

⁷ Am 13. Februar 2014 hat das Bundesgericht entschieden, dass Gutachten, welche Schuldfähigkeit bzw. Massnahmen betreffen, inskünftig nur noch von Psychiatern erstattet werden können. Siehe hierzu BGE 140 IV 49 und die kritische Auseinandersetzung von THOMMEN, MARC: Nur noch Psychiater als Gutachter (BGE 140 IV 49), in: *forum-poenale* 1/2015, S. 14 f.

⁸ Der Bund vom 14. März 2015, abrufbar unter <http://www.derbund.ch/zuerich/region/An-der-Grenze-des-Strafrechts-angelangt/story/31303067> (zuletzt besucht am 17. März 2015).

⁹ BGE 124 I 40 3c.

¹⁰ ¹ Die beschuldigte Person muss sich nicht selbst belasten. Sie hat namentlich das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern. Sie muss sich aber den gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen unterziehen.

Mitwirkung an der Untersuchung gezwungen werden.¹¹ Dem Wortlaut nach könnte sich aus Art. 251 StPO eine Ausnahme ergeben. Entsprechend dessen Abs. 2 kann eine beschuldigte Person untersucht werden, um «abzuklären, ob sie schuld-, verhandlungs- und hafterstehungsfähig ist.» Dies erstreckt sich sowohl auf eine Untersuchung ihres körperlichen wie auch des geistigen Zustands. Es umfasst mithin die Erstellung eines psychiatrischen Gutachtens. Dabei handelt es sich bei einem Vorgehen nach Art. 251 StPO um eine strafprozessuale Zwangsmassnahme.¹² Es ist allerdings herrschende Meinung, dass hieraus für die Exploranden keine Pflicht erwächst, Angaben zur Sache zu machen, sich an testpsychologischen Verfahren zu beteiligen oder sonst aktiv mitzuwirken.¹³ Eine Befragung und die Vornahme von Testverfahren sind damit dem Grundsatz nach durch Art. 251 StPO gedeckt, diese können allerdings nicht zwangsweise durchgesetzt werden. Das Selbstbestimmungsrecht des Exploranden und seine strafprozessuale Rolle als Beschuldigter dürfen nicht aufgehoben werden. Verdeutlicht wird dies zum einen durch die einzuhaltenden Verfahrensschritte. So ist die beschuldigte Person auf das Aussageverweigerungsrecht gemäss Art. 185 Abs. 5 Satz 2 StPO wie auf die Folgen der Aussage hinzuweisen.¹⁴ Zum anderen sind Beweiserhebungsmethoden, die eine Beeinträchtigung der Willensfreiheit und der Denkfähigkeit bewirken¹⁵, wie Hypnose, Narkoanalyse, Trunkenheitsanalyse oder Lügendetektortests, unzulässig¹⁶, vgl. Art. 140 Abs. 1 StPO. Zu beachten ist darüber hinaus, dass die Vorschrift des Art. 251 StPO nicht dazu dienen kann und soll, die Voraussetzungen der Art. 182 ff. StPO für die Erstellung von Gutachten zu umgehen oder ausser Kraft zu setzen. Diesbezüglich sei darauf hingewiesen, dass in Art. 197 StPO die verfassungsmässigen Voraussetzungen zur Einschränkung von Freiheitsrechten¹⁷ für strafprozessuale Zwangsmassnahmen konkretisiert werden. Demnach können diese nur ergriffen werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt. Wenngleich in Art. 197 StPO nicht ausdrücklich erwähnt, gilt auch hier, dass zudem jedenfalls der Kerngehalt der Grundrechte unantastbar ist.¹⁸ Für eine zwangsweise Durchführung von Begutachtungen ergibt sich daraus eine weitere Grenze. Eine zwangsweise aktive Mitwirkung an psychiatrischer Begutachtung herbeizuführen bedingt eine Intensität an Einwirkung auf die betroffene Person, die kaum mit dem Verbot der menschenwürdigen Behandlung nach Art. 7 der schweizerischen

¹¹ Art. 185 Abs. 5 Satz 1 StPO, Art. 113 Abs. 1 StPO. Gesetzlich vorgesehene Zwangsmassnahmen sind allerdings zu dulden. Gerade medizinische Zwangsmassnahmen, die sich auf einen Eingriff in den Körper beziehen, wie etwa Blutentnahmen, trifft dies. Aber eben allenfalls auch solche die die geistige Gesundheit im Blick haben (siehe hierzu den vorstehend aufgeführten Art. 113 Abs. 1 2. Satz StPO).

¹² SCHMID, Handbuch Strafprozessrecht, 2. Auflage, N. 929 Fn 353; Basler Kommentar zur Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basel 2010 (im Folgenden zitiert als BSK StPO)-HAENNI, Art. 251/252, N 8, DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 251 N 3 spricht davon, dass die Mitwirkung «naturgemäss nicht erzwungen werden kann».

¹³ Siehe etwa HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht, 6. Auflage, 2005, §72 N 24.

¹⁴ KassGer ZH, 29. Januar 2003, ZR 2003, 153, Nr. 30; vertiefend hierzu NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Strafrecht I und II—BOMMER (im Folgenden zitiert als BSK StGB), 3. Auflage, Basel 2013, Art. 20 N. 31.

¹⁵ BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 66.

¹⁶ Siehe hierzu vertiefend BSK StPO-HAENNI, Art. 251/252, N 11 f. Betreffend Trunkenheitstest wird in der Rechtsprechung (BGE 90 I 24, S. 40) auf das Fehlen einer Rechtsgrundlage abgestellt. Mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht darf aber angenommen werden, dass mindestens für eine zwangsweise durchgeführte Rückversetzung in den Zustand der Trunkenheit eine solche nicht mit den Persönlichkeitsrechten vereinbar wäre.

¹⁷ Siehe hierzu Art. 36 BV.

¹⁸ Vertiefend hierzu BSK StPO-WEBER, Art. 197, N 13.

Bundesverfassung (BV) in Einklang zu bringen ist. Das Persönlichkeitsrecht wäre an dieser Stelle regelmässig im Kerngehalt betroffen und ein solches Vorgehen aus diesem Aspekt unzumutbar und unzulässig.¹⁹

[Rz 6] Stellt man allerdings — wie generell bei Zwangsmassnahmen — auf eine passive Duldungspflicht ab, ist fraglich, wie weit die Möglichkeiten der Zwangsbegutachtung dann (noch) gehen. Betreffend psychiatrische Begutachtung ist dem Grundsatz nach eine Duldungspflicht anerkannt.²⁰ Was genau diese Pflicht umfasst, ist allerdings schwer zu fassen. Mit Blick auf die Regelungen der StPO wird man mindestens verlangen können, dass man sich als Explorand zur Verfügung hält.²¹ Dies korrespondiert mit Art. 186 StPO, welcher unter bestimmten Voraussetzungen gestattet, dass die beschuldigte Person einer stationären Begutachtung zugeführt wird.

[Rz 7] Die Strafprozessordnung sieht in Art. 186 vor, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte, je nach Zeitpunkt im Verfahrensgang, eine beschuldigte Person in ein Spital einweisen können. Wenngleich der Wortlaut mit «ärztlich» nicht in Richtung Psychiatrie begrenzt ist, sind dabei in aller Regel psychiatrische Begutachtungen Anlass für eine solche Einweisung.²²

[Rz 8] Hiervon sind jene Fälle erfasst, in denen aufgrund medizinischer Gründe²³ bestimmte Tests oder spezielle Untersuchungen ambulant nicht durchführbar sind. Es geht also nicht darum, zwangsweise eine Begutachtung durchzuführen — die vage Aussicht, durch eine solche Einweisung würde ein Widerstand gegen eine allfällige Begutachtung aufgegeben oder vermindert, ist gerade nicht ausreichend für eine Begründung der Einweisung.²⁴

[Rz 9] Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Unterbringung zur Begutachtung an weitere Voraussetzungen geknüpft ist. Diese stellen sicher, dass eine beschuldigte Person nicht ohne weiteres die Beeinträchtigungen, welche ein Freiheitsentzug mit sich bringt, zu tragen hat.²⁵ So sind die Unterbringungen nicht ohne Anhaltspunkte für Auffälligkeiten und nur bei dringendem Tatverdacht möglich. Liegt dies allerdings vor, sind Konstellationen, die Zwang und/oder Freiheitsentzug betreffen, zudem am Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu messen. Damit sind Einweisungen nach Art. 186 StPO auf jene Fälle zu begrenzen, in denen eine kooperative beschuldigte Person ausschliesslich stationär begutachtet werden kann und zugleich eine solche Begutachtung nicht schwerer wiegt, als die zu erwartende Strafe oder Massnahme. Obwohl dabei der beschuldigten Person zugemutet wird, einen stationären Aufenthalt zu erdulden, ist ihre Begutachtung daher weiterhin an eine Kooperation gebunden.²⁶ Fehlt es an dieser Kooperation,

¹⁹ Siehe hierzu auch BGE 109 Ia 273, S. 289 E. 9, Bezug nehmend auf Lügendetektoren, Wahrheitsseren, etc.

²⁰ BSK StPO-HAENNI, Art. 251/252, N 22.

²¹ BGE 133 II 384, S. 395.

²² BSK StPO-HEER, Art. 186, N 1.

²³ BSK StPO-HEER, Art. 186, N 2.

²⁴ BSK StPO-HEER, Art. 186, N 2.

²⁵ Siehe hierzu auch die insofern vergleichbare Regelung des §81 Strafprozessordnung Deutschland: (1) Zur Vorbereitung eines Gutachtens über den psychischen Zustand des Beschuldigten kann das Gericht nach Anhörung eines Sachverständigen und des Verteidigers anordnen, dass der Beschuldigte in ein öffentliches psychiatrisches Krankenhaus gebracht und dort beobachtet wird. (2) Das Gericht trifft die Anordnung nach Absatz 1 nur, wenn der Beschuldigte der Tat dringend verdächtig ist. Das Gericht darf diese Anordnung nicht treffen, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Massregel der Besserung und Sicherung ausser Verhältnis steht. (3) Im vorbereitenden Verfahren entscheidet das Gericht, das für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständig wäre. (4) Gegen den BeschlusS ist sofortige Beschwerde zulässig. Sie hat aufschiebende Wirkung. (5) Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach Absatz 1 darf die Dauer von insgesamt sechs Wochen nicht überschreiten.

²⁶ Wenngleich im Rahmen der Kommentierung zu Begutachtungen nach Art. 449 ZGB davon ausgegangen wird, dass ein Grund für die stationäre Begutachtung darin liegt, dass «wenn von vornherein feststeht, dass die betroffene Per-

ist eine Einweisung nach Art. 186 StPO nicht möglich. Die Begutachtung nach Art. 186 StPO ist mithin keine Zwangsbegutachtung.

[Rz 10] Im Ergebnis geht es im Rahmen von Artikel 251 StPO damit um eine erste Befundaufnahme²⁷ oder Standortbestimmung, während Art. 186 StPO die eigentliche Begutachtung umfasst. Dies spiegelt auch die Stellung im Gesetz wider. Sofern — wie für psychiatrische Begutachtungen mindestens regelmässig der Fall — eine Erkenntnis gewonnen werden soll, die über eine erste Befundaufnahme hinausgeht, sind die Vorgaben von Art. 184 ff. StPO einzuhalten.²⁸ Es bleibt also für die Untersuchung der geistigen Gesundheit nach Art. 251 StPO nur ein stark begrenzter Anwendungsbereich, welcher jedenfalls von einer aktiven Mitwirkung der zu untersuchenden Person abhängig ist.

2.2 Aktengutachten

[Rz 11] In seltenen Fällen kann die Lösung zur Erzielung eines Gutachtens betreffend die Schuldfähigkeit in sogenannten Aktengutachten liegen. Dies allerdings nur dann, wenn eine persönliche Exploration tatsächlich nicht möglich ist. Eine solche ist zunächst immer Voraussetzung, da eine fachgerechte Begutachtung grundsätzlich eine persönliche Untersuchung umfasst.²⁹ Nur diese gestattet es, zu beurteilen, «ob und in welchem Ausmass es dem Beschuldigten erschwert oder verunmöglicht war, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder sich nach der Einsicht zu richten, [da dies] [...] von Informationen über innerpsychologische Abläufe im Vorfeld der Handlung und während der Ausführung ab[hängt]»³⁰, da die hierfür benötigten Angaben eben nur durch den Beschuldigten selbst gemacht werden können.

[Rz 12] Von diesem Grundsatz soll nur in seltenen Fällen abgewichen werden. Die Begründung für ein solches Abweichen liegt zumeist in der Sphäre der zu begutachtenden Person. Insbesondere wenn diese nicht erreichbar ist oder sich der Begutachtung entzieht. Daneben ist auch denkbar, dass ein Gutachten erstellt wird, das sich lediglich auf die vorhandenen Unterlagen bezieht, wenn die begutachtende Person dies für verantwortbar hält.³¹ Die Anfertigung von Aktengutachten ist, unabhängig von den Herausforderungen der Knappheit an Gutachtern oder der damit einhergehenden Arbeitsbelastung bei den jeweiligen Gutachtern, sowohl aus juristischer wie psychiatrischer Sicht und angesichts der Bedeutung eines Gutachtens in einem Strafverfahren mindestens nicht der Königsweg. Dies erst recht nicht, wenn es um die wichtige Frage der Schuldfähigkeit geht.³² Besonders schwierig ist ein solches Aktengutachten zudem dann, wenn widersprüchliche Vorgutachten bereits Aktenbestandteil sind. Letztlich kann das Aktengutachten aber in Sondersituationen die durch den Richter zu beantwortende Frage nach der Schuldfähigkeit erhellen, ohne dabei die Rechte der beschuldigten Person über die Massen — und schon gar nicht zwangsweise

son nicht kooperieren will, [...] die Begutachtung nur im Rahmen eines stationären Aufenthaltes erfolgen [kann]», so GEIER/REUSSER, Kommentar zum Erwachsenenschutz-AUER/MARTI (im Folgenden BSK Erw.Schutz), Art. 449 N 10.

²⁷ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, a.a.O., Art. 251 N 4.

²⁸ So auch DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, a.a.O., Art. 251 N 4.

²⁹ BSK StGB-BOMMER, Art. 20 N. 30.

³⁰ BSK StGB-BOMMER, 2. Auflage, Art. 20 N. 30 mit Hinweis auf MAIER/MÖLLER, Das gericht psychiatrische Gutachten gemäss Art. 13 StGB unter Berücksichtigung der gesetzlichen Regelung ausgewählter Kantone.

³¹ Siehe hierzu BGE 127 IV 54, S. 58 E. 2 f. und BGE 116 II 406, S. 407.

³² Zumal wenn man die Bedeutung der Gutachten in der Rechtspraxis in die Betrachtung mit einbezieht. Siehe hierzu etwa die Ausführungen von Heer in BSK StPO-HEER, Art. 182 N 1.

— zu beschneiden.

2.3 Zusammenfassung Gutachten und Zwang

[Rz 13] Hinsichtlich der Begutachtung von beschuldigten Personen sieht das Strafprozessrecht — mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht und die Rechte der beschuldigten Person im Strafverfahren — keine Möglichkeit der zwangsweisen Herbeiführung einer aktiven Mitwirkung bei der Begutachtung vor. Auch die Duldungspflicht ist insoweit begrenzt, als sie die Sicherstellung der physischen Anwesenheit ermöglicht. Selbst diese aber ist, sofern eine Mitwirkung ausgeschlossen und sicher nicht mit zulässigen Mitteln erreichbar ist, als unverhältnismässig abzulehnen.³³ So sehr dies allfällige Schwierigkeiten mit sich bringt und auf das eine oder andere Verfahren hemmend wirken kann, für die Aufrechterhaltung der grundlegenden Wertungen der Strafprozessordnung, insbesondere betreffend die Rechte der beschuldigten Person, ist dies unumgänglich. Die Vermeidung von Zwang, und betreffend bestimmter Teilbereiche³⁴ auch dessen Verbot, ist dann nicht weniger als ein wichtiges Element fairer Verfahren.

3 Zwangsmassnahmen nach Erwachsenenschutzrecht

[Rz 14] Im Rahmen der psychiatrischen Begutachtung ist eine aktive Mitwirkung «naturgemäss»³⁵ nicht erzwingbar. Im Rahmen medizinisch indizierter Behandlungen braucht es die aktive Mitwirkung in viel geringerem Mass. Oftmals kann eine Behandlung «technisch» auch ohne Mitwirkung der Patienten durchgeführt werden. Sofern es dabei zu der Situation kommt, dass eine psychiatrische Behandlungsmassnahme notwendig wird, diese aber aufgrund mangelnder Urteilsfähigkeit nicht mit Einwilligung des Betroffenen stattfinden kann, spricht das Erwachsenenschutzrecht von «Behandlung ohne Zustimmung». Diese Konstellationen erstrecken sich dabei auf stationäre Behandlungen und sind im ZGB³⁶ bundeseinheitlich geregelt³⁷. Neben den Fällen, in denen eine fürsorgerische Unterbringung gegeben ist, werden über Art. 380 ZGB auch die weiteren Fälle erfasst, in denen es um die Behandlung von psychischen Störungen in stationären Einrichtungen geht.

[Rz 15] Vorweg gilt es hier festzuhalten, dass entsprechend Art. 28 Abs. 2 ZGB eine Persönlichkeitsverletzung nur rechtmässig ist, wenn sie durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt wird. Eine ohne Einwilligung oder gar gegen den Willen eines Patienten vorgenommene Massnahme hat hier also einer Abwägung zwischen Selbstbestimmung und öffentlichem Interesse standzuhalten.³⁸ Mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht und die ihm zugeschriebene Bedeutung im Arzt-

³³ Vgl. vertiefend hierzu BSK StPO-Heer, Art. 186 N. 2.

³⁴ Zu weiteren Bereichen, in denen Zwang oder eine «medizinische Behandlung ohne Zustimmung» sehr wohl hilfreich sein können, siehe sogleich unten.

³⁵ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, a.a.O., Art. 251 N 3 spricht davon, dass die Mitwirkung «naturgemäss nicht erzwungen werden kann»; HAUSER/SCHWERTI/HARTMANN, Strafprozessrecht, 6. Auflage, 2005, §72 N 24 davon, dass «solche Massnahmen (aktive Mitwirkung bei der Begutachtung) naturgemäss nicht erzwingbar» sind.

³⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210, Stand am 1. Juli 2014).

³⁷ Auf kantonale Rechtsgrundlagen betreffend Zwangsbehandlung wird im Abschnitt Zwangsmedikation eingegangen.

³⁸ Zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts durch Art. 28 ZGB siehe statt vieler etwa BGE 117 Ib 200 ff. m.w.N.

Patientenverhältnis bedeutet dies gerade und insbesondere im Rahmen von Zwangsmassnahmen, dass eine sorgfältige Prüfung der auf den Waagschalen befindlichen Güter in jedem Einzelfall zu erfolgen hat.

[Rz 16] Das Erwachsenenschutzrecht hat hinsichtlich dieser Abwägung bereits vom Ansatz her insofern Stellung bezogen, als dass es ein ausgelobtes Ziel der auf den 1. Januar 2013 vollzogenen Revision war, das Selbstbestimmungsrecht zu fördern.³⁹ Auch wenn etwa die Patientenverfügung im Rahmen der fürsorgerischen Unterbringung nicht das gleiche Gewicht erfährt wie sonst⁴⁰, ist diese Selbstbestimmung für die Frage der medizinischen Behandlung ohne Zustimmung ebenfalls von grosser Relevanz. Dies ergibt sich etwa aus dem einer solchen Behandlung jeweils zwingend vorgelagerten Bestreben nach einer Zustimmung zu einem allfälligen Behandlungsplan nach Art. 433 ZGB. In Art. 434 ZGB ist die Behandlung ohne Zustimmung geregelt. Vorausgesetzt wird das Vorhandensein einer Gefahrensituation, die dergestalt ist, dass ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht oder das Leben Dritter schwer gefährdet ist, falls nicht eine Behandlung der psychischen Störung vorgenommen wird.⁴¹ Des Weiteren muss die Person, die ohne Zustimmung behandelt werden soll, bezüglich der Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig sein. Die Massnahme muss verhältnismässig sein, d.h. andere, weniger einschneidende Massnahmen stehen nicht (mehr) zur Verfügung und die Massnahme ist sowohl zweckmässig als auch erforderlich. Ist dies der Fall, kann eine im Behandlungsplan vorgesehene medizinische Massnahme erfolgen. Des Weiteren hält das Erwachsenenschutzrecht mit Art. 435 ZGB und Art. 379 ZGB auch zwei Regelungen für Notfälle bzw. für dringliche Fälle bereit. Ohne auf die Details eingehen zu wollen, ist hier relevant, dass diese beiden Regelungen den Willen der von einer Massnahme betroffenen Person mindestens zu berücksichtigen suchen. Nach Art. 379 ZGB kann, entsprechend seiner systematischen Einordnung, eine unerlässliche Massnahme «nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person» erfolgen. Art. 435 ZGB geht davon aus, dass ein bekannter Wille hinsichtlich der Behandlung zu berücksichtigen ist. Dass beide Bestimmungen dabei von einer erheblichen Dringlichkeit geprägt sind, zeigt sich deutlich in den vergleichsweise geringen formalen Anforderungen an die Durchführung. Während insbesondere nach Art. 434 ZGB eine schriftliche Anordnung durch den Chefarzt bzw. die Chefarztin eine Massnahme aus einem begrenzten und bereits im Behandlungsplan definierten Massnahmenortiment auslösen kann, gehen die Art. 435 ZGB und 379 ZGB davon aus, dass «unerlässliche» Massnahmen ohne weitere entsprechende Begrenzungen oder Schriftformerfordernisse ausgelöst und vollzogen werden. Das Erwachsenenschutzrecht bietet damit eine gesetzliche Grundlage, die die Behandlung ohne Zustimmung in psychiatrischen Kliniken, in stationärem Setting und für psychische Störungen, unter den genannten Bedingungen, gestattet. Dass damit eine für diesen Bereich einheitliche Regelung vorliegt, ist zunächst einmal vom Aspekt der Rechtssicherheit her erfreulich. Manche Frage bleibt aber offen, etwa jene nach der Behandlung ohne Zustimmung im ambulanten Setting oder ausserhalb von psychiatrischen Kliniken. Diese Therapieumstände sind für die forensische Psychiatrie insofern relevant, als diese jedenfalls auch in Institutionen

³⁹ Siehe Botschaft zum Entwurf zur Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz, Personen- und Kinderrecht), BBl 2006 7001 f. (7002).

⁴⁰ Siehe die in Art. 433 Abs. 3 ZGB vorgenommen Beschränkung des Einbezugs einer Patientenverfügung in die Entscheidungsfindung, die lediglich auf ein «berücksichtigen» abstellt.

⁴¹ Sämtliche Behandlungen, sei es in einer psychiatrischen Klinik oder sonst, die sich auf etwas anderes beziehen (etwa somatische Erkrankungen) sind nicht von Art. 434 ZGB erfasst. Ihre Durchführbarkeit richtet sich im Falle der Urteilsunfähigkeit des Betroffenen nach den Regeln der Art. 377 f. ZGB und dem dort herrschenden geltenden Vertretungssystem.

des Freiheitsentzuges weite Teile ihres Aufgabenspektrums zu erbringen hat. Zunächst kann man wohl anmerken, dass nicht per se ersichtlich wäre, warum im Rahmen einer ambulanten Behandlung weniger Wert auf das Selbstbestimmungsrecht zu legen wäre. Die Fragen nach Rechtsgrundlage und konkreten Voraussetzungen beantwortet diese Einschätzung allerdings nicht.

4 Zwangsmedikation

[Rz 17] Bezogen auf die Vornahme einer Medikation herrscht grundsätzlich Einigkeit darüber, dass Betroffene mit dieser einverstanden sein sollten und ständiger Zwang keinen oder mindestens einen eingeschränkten Therapieerfolg erwarten lässt. Demnach bezieht sich Zwangsmedikation letztlich auf jene Fälle, in denen durch zunächst erzwungene Therapie ein Zustand erreicht wird, der es den Betroffenen erst erlaubt, selbstverantwortlich zu entscheiden, ob eine Therapie durch- bzw. weitergeführt werden soll.⁴² Das ist den kantonalen Rechtsgrundlagen für Zwangsmedikation im Kontext des Straf- und Massnahmenvollzugs allerdings bisher so nicht zu entnehmen.⁴³ Dies wirft die Frage auf, ob auch für diesen Bereich eine Anpassung und Vereinheitlichung wünschenswert ist.⁴⁴ Die Revision zum Erwachsenenschutzrecht hat in diesem Punkt jedenfalls nicht umfassend vereinheitlichend gewirkt. Soweit es um Massnahmen in Institutionen des Freiheitsentzuges geht, sind allenfalls die Regelungen betreffend Notfallsituationen nach Art. 379 ZGB einschlägig. Sofern eine Behandlung ohne Zustimmung vorzunehmen ist, verweist Art. 380 ZGB nur betreffend Massnahmen in psychiatrischen Kliniken auf die entsprechenden Vorschriften zur fürsorgerischen Unterbringung (insbesondere Art. 434 ZGB⁴⁵). Alle sonstigen Konstellationen sind daher nicht von den Regeln des Erwachsenenschutzes des ZGB erfasst und richten sich nach den jeweiligen kantonalrechtlichen Vorgaben.

[Rz 18] Das Zürcher Patientinnen- und Patientengesetz (PatG)⁴⁶ enthält in den §§23 ff. eine der vorhandenen kantonalen Rechtsgrundlagen. Obgleich die kantonalrechtlichen Vorgaben heterogen⁴⁷ sind, soll an diesem Beispiel veranschaulicht werden, wie Zwangsbehandlungen danach vorzunehmen sind. Zunächst wird in §23 PatG definiert, welche Personengruppen nach diesem Gesetz von Zwangsbehandlungen und freiheitseinschränkenden Massnahmen betroffen sein können. Es sind dies:

- a. fürsorgerisch untergebrachte Personen, soweit nicht die Bestimmungen über die Behandlung einer psychischen Störung ohne Zustimmung gemäss Art. 434 ZGB oder Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit gemäss Art. 438 ZGB zur Anwendung gelangen,
- b. Personen im Straf- oder Massnahmenvollzug,
- c. Fälle gemäss Art. 379 ZGB.

⁴² Siehe hierzu MAUSBACH, JULIAN, Medizinische Zwangsmassnahmen im Freiheitsentzug am Beispiel der Zwangsmedikation — Rechts(grund)lage, in: bioethica forum 5/2012, S. 128 m.w.H.

⁴³ Siehe hierzu MAUSBACH, a.a.O., S. 128 m.w.H.

⁴⁴ Siehe hierzu vertiefend und bejahend MAUSBACH, a.a.O.

⁴⁵ Näheres hierzu unten.

⁴⁶ Zürcher Patientinnen- und Patientengesetz (PatG), abrufbar unter <http://www.zhlex.zh.ch/Erlass.html?Open&Ordnr=813.13>.

⁴⁷ Siehe bspw. ergänzend zu der hier im Fokus stehenden Regelung aus Zürich die Art. 62 und Art. 63 des Berner Gesetzes über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG), abrufbar unter https://www.sta.be.ch/belex/d/3/341_1.html.

[Rz 19] Ergänzend zu diesen Personengruppen ist der Geltungsbereich des Gesetzes⁴⁸ zu beachten. Das PatG ist ausdrücklich nicht auf die fürsorgliche Unterbringung (wie Art. 434 ZGB) oder psychiatrische Kliniken (434 ZGB i.V.m. 380 ZGB) beschränkt, sondern erstreckt sich auf Spitäler, Alters- und Pflegeheime (mindestens dortige Pflegebetten), ambulante Institutionen sowie Institutionen des Justizvollzugs. Damit sind auch die §§23 ff. PatG als Rechtsgrundlage für Zwangsbehandlungen im stationären Bereich (hier vor allem auch Behandlungen, die sich nicht auf psychische Störungen beziehen), für Zwangshandlungen im ambulanten Bereich sowie in Institutionen des Freiheitsentzuges anzusehen. Bereits dies verdeutlicht, dass ein erhebliches und weites Fallspektrum abgedeckt wird, für das die Regelungen als gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in Freiheitsrechte dienen sollen.⁴⁹

[Rz 20] Dies ist insofern bemerkenswert, als die Regelungen des PatG Zwangsbehandlungen und freiheitseinschränkende Massnahmen, mindestens dem Wortlaut nach, auch an urteilsfähigen Personen gestatten. So sind zwar die in §24 Abs. 1 lit. c PatG genannten Konstellationen des Art. 379 ZGB per Definitionem auf Urteilsunfähige begrenzt. Insbesondere bei den unter §24 Abs. 1 lit. b PatG genannten Betroffenen — den Personen im Straf- und Massnahmenvollzug — sind allerdings sehr wohl Patientinnen und Patienten zu erwarten, die etwa bezüglich einer allfälligen Behandlungsmassnahme, etwa einer Medikation, urteilsfähig sind und deren Behandlung dann nach PatG tatsächlich gegen ihren Willen möglich ist. Anders fallen die Wertungen des Erwachsenenschutzrechts des ZGB aus. Dieses begrenzt «Behandlung ohne Zustimmung» strikt auf Urteilsunfähige. Auch die in §24 Abs. 1 Satz 1 PatG gewählten Begrifflichkeiten «Zwangsbehandlung» und «gegen den Willen» zeigen diesen Unterschied auf. Erfreulich ist, dass die Weisungen der Gesundheitsdirektion sich an diesem Punkt etwas strenger lesen als der Wortlaut des Gesetzes es vorgibt. Hiernach sind Zwangsbehandlungen an urteilsunfähigen Personen nur zulässig, wenn die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung oder der vormundschaftlichen Organe nicht rechtzeitig eingeholt werden kann.⁵⁰ Der Weisung ist damit der Grundsatz zu entnehmen, dass entsprechende Zwangsbehandlungen äusserst selten sein sollten und jedenfalls die auch sonst gesetzlich vorgesehene Vertretungslösung anzustreben ist. Allerdings bedeutet auch dies für urteilsfähige Zwangsbetroffene keine Relativierung des oben Dargestellten. Es stellt sich mithin die Frage, wie mit diesem Ansatz umzugehen ist. Hilfreich bei der Beantwortung scheint ein Blick auf die spezifische Regelung für Zwangsmedikationen zu sein. Das PatG sieht diesbezüglich folgende Regelung in §26 vor:

¹ Behandlungen von körperlichen und psychischen Krankheiten können in Notsituationen durchgeführt werden, um eine ernsthafte und unmittelbare Gefahr für die Gesundheit oder das Leben der betroffenen Personen oder von Dritten abzuwenden. ² Eine länger dauernde medikamentöse Behandlung kann durchgeführt werden, wenn a. dies nach Massgabe des Einweisungsgrundes medizinisch indiziert ist und die nötige persönliche Fürsorge nicht durch eine mildere Massnahme erbracht werden kann oder b. damit eine ernsthafte und unmittelbare Gefahr für die Gesundheit oder das

⁴⁸ Vgl. §1 Zürcher PatG.

⁴⁹ So die Weisungen der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, abrufbar unter http://www.gd.zh.ch/dam/gesundheitsdirektion/direktion/unsere_direktion/rechtliche_grundlagen/weisungen_begr%C3%BCndungen/weisung_gesundheitsdirektion_patientengesetz.pdf.spooler.download.1283939713228.pdf/weisung_gesundheitsdirektion_patientengesetz.pdf.

⁵⁰ So die Weisungen der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich.

Leben Dritter abgewendet werden kann.

[Rz 21] Abs. 1 bezieht sich mithin auf Zwangsbehandlungen, die eine gefährliche Notfallsituation auflösen sollen. Solche Notfälle können in verschiedenen Situationen vorkommen und beispielsweise mittels einer Beruhigungsspritze zur kurzfristigen Sedation angegangen⁵¹ werden.⁵² Liegt also eine Notfallsituation vor, kann eine Behandlung einer psychischen oder körperlichen Krankheit erfolgen. Im Ergebnis geht es dabei um eine unmittelbare und kurzfristige Massnahme zum Schutz der betroffenen Person. Unklar bleibt allerdings, warum eine solche Massnahme sich nicht — sofern die Notfallsituation dies gestattet — an einem eventuell bekannten Willen der betroffenen Person messen lassen muss. Es mag sein, dass die Behandlung zum Schutz Dritter nötig und geboten ist. Im Fall der ausschliesslichen Selbstgefährdung sind anders gelagerte Konstellationen denkbar; etwa wenn die betroffene Person die Gefährdung in Kauf nimmt, gerade um sich keiner medizinischen Behandlung unterziehen zu müssen oder trotz der Kenntnis keine medizinische Behandlung wünscht — sei es auch unvernünftig. Ist dies der selbstbestimmte und von Urteilsfähigkeit getragene Wille der betroffenen Person, stellt sich die Frage, mit welcher Begründung dieser ausgerechnet mittels einer medizinischen Massnahme gebrochen werden soll. Es geht dann nicht ausschliesslich um die Suche nach einem für die Abwehr der Gefahr geeigneten Vorgehen, sondern auch — bzw. das Gegenteil gälte es zu begründen — um ein Handeln gegen den Willen einer urteilsfähigen Person. Dies ist weder mit dem Konzept der Rechtfertigung medizinischen Handelns aufgrund informierter Einwilligung durch den Patienten vereinbar, welches vom Recht weithin anerkannt und geschützt wird (ansonsten wäre das Instrument der Patientenverfügung obsolet); noch ist es per se mit einem Sonderrechtsverhältnis, wie etwa dem Freiheitsentzug, zu begründen. Gerade im letzteren soll, wo die Ausübung der eingeschränkten Selbstbestimmung möglich ist, diese weiterhin gewahrt sein. Dies gewinnt insofern an Gewicht, als §26 PatG offensichtlich nicht (nur) Fälle meint, die Notwehr, Nothilfe oder sonst Konstellationen umfassen, welche nach allgemeinen Grundsätzen zum Rechtsgüterschutz aufrufen. Diese Schutzmassnahmen berechtigterweise vorzunehmen, ermöglicht bereits §24 Abs. 3 PatG. Völlig zutreffend verweist dieser darauf, dass drohenden Eingriffen gegen Leib und Leben mit Massnahmen, die auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen beruhen, begegnet werden darf. Das ist allerdings in Bezug auf medizinische Behandlung an den bezeichneten Stellen der Urteilsfähigkeit gerade nicht einschlägig, sondern vielmehr hinsichtlich einer kurzfristigen zwangsweisen Abwehr- oder Schutzmassnahme gedacht. Behandlungsentscheide sollten davon nur umfasst sein, sofern nicht ein entgegengesetzter Wille bekannt und zu respektieren ist.

[Rz 22] Dies betrifft auch die in §26 Abs. 2 PatG aufgeführten, länger dauernden medikamentösen Behandlungen. Es ist auch hier nicht ersichtlich, warum eine solche Behandlung völlig vom Willen des Patienten losgelöst stattfinden sollte. Wie eingangs bereits dargelegt, ist ein dauerhafter Zwang mindestens nicht förderlich für das angestrebte Behandlungsergebnis. Vielmehr ist eine gute Compliance des Patienten auch für das Erreichen des Therapieziels hilfreich. Gerade wenn es wie in §26 lit a PatG auch noch darum geht, dass die Massnahme neben der Behandlung einer Krankheit auch der persönlichen Fürsorge dient, scheint dies im Falle von Urteilsfähigkeit umso mehr zu gelten. Es ist daher auch hier zu beachten, dass, mindestens in Fällen, in denen sich

⁵¹ «Angegangen», da die Sedation nur dazu dienen kann, die Situation unmittelbar zu entschärfen. Nach einer solchen Intervention sind sicherlich eine weitergehende Analyse und Aufarbeitung der Situation unter Einbezug des Patienten zu fordern.

⁵² Siehe auch hierzu die Weisungen der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich.

die Gefahr nicht auf Dritte bezieht, ein Einbezug des urteilsfähigen Patienten in den Behandlungsentscheid erfolgen sollte. Ist der Einbezug mangels Urteilsfähigkeit nicht möglich, ist die Situation anders gelagert. Keinesfalls ist aber §26 PatG damit gedient bzw. Rechnung getragen, wenn er lediglich zur Überwindung einer Behandlungsweigerung herangezogen würde.

[Rz 23] Im Ergebnis stellt sich daher die Frage, wie man den Regeln des PatG gerecht wird und zugleich die dargestellten Grundsätze zum Umgang mit urteilsfähigen Patienten wahren kann. Die Regelungen selbst verweisen an nicht wenigen Stellen (etwa in Art. 24 Abs. 1 lit a und lit c, aber auch hinsichtlich Verfahren und Rechtsschutz) auf die (sinngemässe) Anwendung des ZGB⁵³. Sie zeigen damit auf, dass die Regelungen des Erwachsenenschutzrechts (mindestens als Anhaltspunkte) für den Umgang mit Zwangsbehandlungen dienlich sind. Dabei findet sich allerdings keine klare Trennlinie, wann und aufgrund welcher Gesichtspunkte die Regelungen des Erwachsenenschutzes in welchem Umfang zu beachten oder als Grundlage einer Entscheidung über Zwangsmassnahmen heranzuziehen sind. Es bietet sich an, die oben dargestellte Trennung nach Geltungsbereich des Gesetzes und der in §24 PatG vorgenommenen Einteilung zu übernehmen. Dies erscheint aber zum einen angesichts der Bedeutung der Norm (als Teil der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Freiheitsrechte) nicht durchwegs überzeugend. Zum anderen ergibt sich mit Blick auf die dann von materiellen Gesichtspunkten losgelöste Ungleichbehandlung etwa von Personen, die in fürsorgerischer Unterbringung eine «Behandlung ohne Zustimmung» erhalten, gegenüber Personen, die ambulant einer «Zwangsbehandlung» unterzogen werden, mindestens kein klares Bild.

[Rz 24] Gerade die Revision des ZGB gibt hier einen wichtigen Ansatz vor zur Einordnung der Frage, ob und inwieweit die Regeln zur Zwangsbehandlung nicht auch unter dem Aspekt der «Behandlung ohne Zustimmung» gedacht werden könnten oder sollten. Die ersatzlose Streichung von Art. 371 aZGB⁵⁴ bringt zum Ausdruck, dass Personen in Institutionen des Freiheitsentzuges eben keine erwachsenschutzrechtliche Sonderbehandlung erfahren sollen. Dies wiederum enthält die Aufforderung, Personen im Straf- und Massnahmenvollzug nicht Behandlungen aufzuzwingen, welche sie urteilsfähig abgelehnt haben. Im Straf- und Massnahmenvollzug kann dies allenfalls andere Konsequenzen nach sich ziehen, ist aber unter dem Aspekt der Selbstbestimmung gleichwohl zu fordern.

[Rz 25] Ein weiterer Ansatz für den Umgang mit der Frage nach Zwangsbehandlung kann der Zürcher Justizvollzugsverordnung (JVV)⁵⁵ entnommen werden. Sie wählt den Fokus, eine Behandlung möglichst auf (aufgeklärte) Einwilligung und Compliance des Patienten stützen zu können. Hierzu wird entsprechend §72 JVV der inhaftierte Patient mittels eines sogenannten Behandlungsvertrages an Therapien und deren Ziele gebunden. Sollte die entsprechende Compliance durch den Patienten nicht eingehalten werden, etwa aufgrund einer Behandlungsverweigerung, so kann dieser Verstoss gegen eine Mitwirkungspflicht im Sinne von §86 JVV die Einstellung der Massnahme nach sich ziehen. In diesem Fall wird die Massnahme aufgehoben, was

⁵³ §27 ZH PatG: ¹ Zuständig für die Anordnung von Zwangsmassnahmen nach diesem Gesetz sind die verantwortlichen Ärztinnen und Ärzte sowie in Notsituationen bis zu deren Eintreffen das zuständige Fachpersonal. ² Für das Verfahren und den Rechtsschutz sind die Bestimmungen des ZGB sowie des Einführungsgesetzes zum Kindes- und Erwachsenenschutz vom 25. Juni 2012 zu den freiheitseinschränkenden Massnahmen und den Zwangsbehandlungen im Rahmen fürsorgerischer Unterbringungen sinngemäss anwendbar.

⁵⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (aZGB, Stand am 1. Januar 2012), abrufbar unter <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/201201010000/210.pdf>.

⁵⁵ Zürcher Justizvollzugsverordnung (JVV), abrufbar unter <http://www.zhlex.zh.ch/Erlass.html?Open&Ordnr=331.1>.

im Falle stationärer Massnahmen dazu führt, dass die Voraussetzungen einer Verwahrung geprüft werden.⁵⁶ Gerade dies scheint, trotz aller Schwierigkeiten, die ein solcher Weg bereithält, für die forensische Psychiatrie ein gangbarer Weg bei der Behandlung urteilsfähiger Straftäter zu sein. Im Übrigen ist die Erstellung eines Behandlungsplanes auch der Weg, der vom Erwachsenenschutzrecht im Rahmen medizinischer Massnahmen bei einer psychischen Störung gewählt wurde und als gültig angesehen wird. Dies ergibt sich aus Art. 433 ZGB.⁵⁷ Erst bei Vorliegen einer Urteilsunfähigkeit kann die «Behandlung ohne Zustimmung» gewählt werden, wobei auch hier ein Festhalten am Behandlungsplan vorgesehen ist. Es geht bei den Behandlungen ohne Zustimmung nach ZGB also keinesfalls um das Überwinden einer unvernünftigen aber urteilsfähig beschlossenen Behandlungsverweigerung. Nach kantonrechtlichen Vorgaben könnte das — etwa im Bereich Straf- und Massnahmenvollzug —, wie dargestellt, aktuell allenfalls anders gehandhabt werden. Dabei bleibt allerdings unklar, auf welche Begründung sich dieses Vorgehen gegen einen Urteilsfähigen nach kantonrechtlichen Vorgaben stützt. Die Annahme etwa, dass hierdurch ansonsten Gefahren für Dritte zu befürchten sind, wird über den in der JVV aufgezeigten Weg entkräftet.

5 Zwangsmassnahmen in der forensischen Psychiatrie

[Rz 26] Das im Abschnitt zur Zwangsmedikation gezeichnete Bild gilt es auf Zwangsmassnahmen in der forensischen Psychiatrie zu erweitern. Hierbei ist klar zu stellen, dass im Bereich des (Straf-)Rechts Zwangsmassnahmen häufig in zwei Kategorien unterteilt werden. Zunächst die sogenannten «massnahmenindizierten Behandlungen», die im Zusammenhang mit einer Massnahme nach Art. 56 ff. StGB stehen und auf einem kausalen Bezug zur Delinquenz fussen. Diese sind insofern spezifisch, als sie ausserhalb dieses Bereiches nicht vorkommen. Die weitere Kategorie sind die sogenannten «medizinisch-indizierten Behandlungen», die nicht an eine Massnahme geknüpft sind und eben keinen kausalen Bezug zur Delinquenz aufweisen. Sie sind rein auf eine medizinische Indikation zurückzuführen. Vorliegend wird diese Unterscheidung nicht durchgehalten. Die Unterscheidung ist gerade im psychiatrischen Bereich kaum je trennscharf⁵⁸. Daher ist es mit Blick auf die Patienten wenig überzeugend, unterschiedliche Standards anzusetzen.⁵⁹

[Rz 27] Im Vordergrund steht aber der Schutz einer nachvollziehbaren und überzeugenden Abwägung der involvierten Interessen. Die Wirkung der einzelnen Massnahme und die Tiefe des Eingriffs in die Persönlichkeit haben dabei selbstredend für die Bewertung der Voraussetzungen und deren Vorliegen erhebliche Relevanz. Demnach gilt für die Abwägung, dass je intensiver und

⁵⁶ Art 62c Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 StGB.

⁵⁷ II. Behandlung ohne Zustimmung ¹ Fehlt die Zustimmung der betroffenen Person, so kann die Chefärztin oder der Chefarzt der Abteilung die im Behandlungsplan vorgesehenen medizinischen Massnahmen schriftlich anordnen, wenn: 1. ohne Behandlung der betroffenen Person ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet ist; 2. die betroffene Person bezüglich ihrer Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig ist; und 3. keine angemessene Massnahme zur Verfügung steht, die weniger einschneidend ist. ² Die Anordnung wird der betroffenen Person und ihrer Vertrauensperson verbunden mit einer Rechtsmittelbelehrung schriftlich mitgeteilt.

⁵⁸ Siehe hierzu BSK StPO-HEER, Art. 59. Als Beispiel einer Regelung, die ihrerseits von einem medizinischen Anteil bei massnahmenindizierten Behandlungen ausgeht siehe Art. 66a SMVG, welcher als Voraussetzung aufführt, dass diese Behandlung «unter forensisch-psychiatrischen Gesichtspunkten unumgänglich» sein muss.

⁵⁹ Wenngleich damit nicht automatisch und umfassend bestritten werden soll, dass allfällig begründbare Abweichungen von einem Standard im Einzelfall nötig sein können.

einschneidender ein Eingriff ist, die Zulässigkeit von der Existenz einer formellen gesetzlichen Grundlage abhängig ist. Da bei jeder Zwangsmassnahme oder -Behandlungen ein umfangreicher Strauss hochrangiger Rechte⁶⁰ betroffen ist, drängt sich der Ruf nach Ablösung der vorhandenen heterogenen Rechtslage und Schaffung einer einheitlichen Rechtsgrundlage auf.⁶¹ Damit ist bezogen auf medizinisch indizierte Zwangsmassnahmen für alle Patienten, unabhängig davon, ob sie sich in einer Institution des Freiheitsentzuges befinden, ob im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung nach ZGB die medizinische Zwangsmassnahmen zur Debatte steht oder sonst über ein solche zu entscheiden ist, zu fordern, dass sich die Massnahme nach den Regeln oder mindestens den Grundsätzen des Erwachsenenschutzes zu richten hat. Dies ergibt sich für inhaftierte Personen aus dem sogenannten Äquivalenzprinzip. Danach haben inhaftierte Patienten und Patientinnen das Recht, nach denselben Bestimmungen und Methoden behandelt zu werden wie Patienten und Patientinnen in Freiheit. In §19 der Empfehlungen Nr. R (98)7 des Europarates heisst es hierzu: «Gefängnisärzte sollen alle Insassen nach denselben Regeln ärztlicher Kunst behandeln, wie dies unter freiheitlichen Bedingungen geschieht. Die Gesundheitserfordernisse sollen immer erstes Anliegen des Arztes sein.» Entsprechend der Vorgaben der SAMW wurde dies ausdrücklich auch für Zwangsbehandlungen statuiert. Dort heisst es: «Zwangsbehandlungen dürfen nur [...] nach denselben Kriterien, die für nicht inhaftierte Personen gelten, durchgeführt werden.»⁶²

[Rz 28] Gerade deshalb scheint es günstig, dem Grundsatz nach auf die Regelungen des Erwachsenenschutzes zu rekurrieren. Wie dargestellt, bietet das Erwachsenenschutzrecht in den Artikeln 433 f. ZGB eine abschliessende bundeseinheitliche Regelung der stationären Behandlungen von psychiatrischen Störungen ohne Zustimmung in psychiatrischen Kliniken. Allfällige weitere Voraussetzungen können sich aufgrund der Besonderheit einer Situation ergeben, als Mindeststandard sind sie jedenfalls hilfreich. Dies gilt auch für weitere Zwangsmassnahmen, etwa die Regeln betreffend die Einschränkung der Bewegungsfreiheit nach Art. 383 f. ZGB. Ob und inwieweit hier der Freiheitsentzug per se eine Besonderheit darstellt, der eine von dieser grundsätzlichen Richtung abweichende Vorgehensweise rechtfertigt, gilt es zu hinterfragen. Bezüglich medizinischer Behandlungsentscheide im Selbstbestimmungsrecht begrenzt zu werden, ist jedenfalls nicht Teil der Strafe. Zwar kann etwa die freie Arztwahl zur Einhaltung der Sicherheit und Ordnung in den Anstalten eingeschränkt werden. Das umfasst aber nicht eine Begrenzung der freiwillig und urteilsfähig getroffenen Behandlungsentscheidung und schon gar nicht die Durchsetzung einer dieser Entscheidung widersprechenden Zwangsbehandlung. Hinsichtlich des Massnahmenvollzugs ist darauf zu verweisen, dass eben dort, wo eine medizinische Indikation vorliegt, die Situation von dieser geprägt wird. Nimmt man an, dass für rein massnahmenindizierte Zwangsmassnahmen andere Grundsätze zu gelten hätten, wäre dies zu begründen. Angesichts des in den Zürcher Vollzugsregelung auffindbaren Ansatzes des Behandlungsvertrages, der im Übrigen eine recht weitgehende Verpflichtung⁶³ nach den Bedürfnissen des Freiheitsentzuges mitumfasst,

⁶⁰ Zu nennen sind mindestens der Schutz vor erniedrigender und unmenschlicher Behandlung (Art. 7 BV), das Recht auf persönliche Freiheit, das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit, sowie die Bewegungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV.

⁶¹ Siehe hierzu auch MAUSBACH, a.a.O., S. 128 ff.

⁶² Anhang zu den Richtlinien «Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen» (2012) der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften, abrufbar unter <http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-guelte-Richtlinien.html>.

⁶³ Siehe hierzu etwa betreffend Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht §75 JVV.

fällt eine solche Begründung schwer. Mit Blick auf den Grundsatz, dass eine Zwangsmedikation nur selten so erfolgsversprechend erscheint, wie eine freiwillige Behandlung⁶⁴, ist der Einbezug des inhaftierten Patienten mittels Behandlungsvertrag ein vielversprechender Ansatz.⁶⁵ Sollte die entsprechende Compliance durch die verurteilte Person nicht eingehalten oder die Behandlung verweigert werden, droht nach §86 JVV die Einstellung der Massnahme, mit den oben skizzierten Folgen. Dies bedeutet, dass rein massnahmenindizierte Zwangsmassnahmen mit einem Behandlungsvertrag eben nicht auf der Durchbrechung eines Willens oder der Durchführung ohne Willen basieren sollten, sondern vielmehr auf der «Schaffung» eines solchen. Dies ist insoweit vergleichbar mit dem im Rahmen des Erwachsenenschutzrechts gewählten Ansatz, der einen Behandlungsplan nach Art. 433 ZGB vorsieht. Ist wiederum auch nur ein Teil der Massnahme medizinisch indiziert, ist kein Grund ersichtlich, warum nicht die Regelungen des ZGB als Bezugspunkt für eine Entscheidung dienen sollten. Jedenfalls nicht überzeugend ist es, bei vorhandener Urteilsfähigkeit den Freiheitsentzug per se als Grundlage für die Anwendung von Zwang in Bezug auf medizinische Behandlungen gelten zu lassen.

6 Fazit

[Rz 29] Sofern es um die kurzfristige Intervention geht, die es gestattet, eine urteilsunfähige Person in die Lage zu versetzen, eine Therapieentscheidung mitzutragen, wird man eine Zwangsmedikation als zulässig erachten können.⁶⁶ In anderen Fällen ist aufgrund der Wertungen, die aus dem Erwachsenenschutzrecht zu entnehmen sind und der Tatsache, dass nach dem Wegfall des Art. 371 aZGB keine besonderen Regeln für Inhaftierte mehr bestehen, einer Vorgehensweise, wie sie in der Zürcher Justizvollzugsverordnung vorgesehen ist, der Vorzug vor Behandlungen «gegen den Willen» zu geben. Kann der Patient mangels Urteilsfähigkeit nicht entsprechend in einen Behandlungsvertrag eingebunden werden, geht es auch hier um «Behandlungen ohne Zustimmung». Mindestens sinngemäss zu Art. 434 ZGB wird dann die Frage relevant, wie man einem Behandlungsplan zur Durchsetzung verhilft. «Zwang» ist dann nicht nur betreffend die aktive Mitwirkung an der eigenen Begutachtung ein Konzept, das hinter der «Behandlung ohne Zustimmung» auch in der forensischen Psychiatrie zurücktreten sollte. Das bringt in Situationen, in denen der Patient urteilsfähig ist, Herausforderungen mit sich, sowohl für die Therapeuten und Therapeutinnen, die einen Behandlungsvertrag mit dem Patienten abschliessen müssen, als auch für den Patienten bzw. die Patientin. Insbesondere bezüglich der Konsequenzen einer Behandlungsweigerung geht mit der Selbstbestimmung auch das entsprechende Mass an Verantwortung einher. Aus den vorliegenden Ausführungen lässt sich sicher nicht ableiten, dass man für die forensische Psychiatrie im Ergebnis nur und ausschliesslich auf das Erwachsenenschutzrecht des ZGB rekurrieren kann. Es dient aber als eine wertvolle Richtungsangabe. Insofern kann das Aktegutachten zur Lösung von Konstellationen dienen, in denen eine aktive Mitwirkung an der Begutachtung nicht erzielt werden kann. Das Erwachsenenschutzrecht kann hingegen dienlich sein, eine Evolution von Zwangsbehandlung zur Behandlung ohne Zustimmung zu unterstützen. Dies gilt mindestens — vermutlich aber darüber hinaus — soweit ein Teil der Massnahme, die

⁶⁴ Vgl. SCHWARZENEGGER/HUG/JOSTISCH, Strafrecht II. 8. Auflage, Zürich: Schulthess 2007. §7 N, S. 163.

⁶⁵ Siehe §72 Zürcher Justizvollzugsverordnung (JVV).

⁶⁶ Siehe hierzu Mausbach, a.a.O., S. 128 ff.

vollzogen werden soll, medizinische Bezüge aufweist.

[Rz 30] Will man dieser Wertung folgen, wäre eine Anpassung der entsprechenden gesetzlichen Vorgaben — etwa an die Terminologie des Erwachsenenschutzrechts — wünschenswert. Teilt man diese Einschätzung nicht, ist mindestens eine einheitliche Rechtsgrundlage für Zwangsbehandlungen zu fordern. Die gegenwärtige Situation — wie sie sich etwa auch im Bereich der hier nicht mitdiskutierten Zwangsernährung zeigt⁶⁷ — in welcher unterschiedliche kantonale Lösungen heterogene Voraussetzungen vorgeben, die aufgrund der gleichen Interessenlage der Betroffenen kaum föderalistisch zu rechtfertigen sind⁶⁸, ist mindestens als unbefriedigend zu bezeichnen.

Dr. iur. JULIAN MAUSBACH, RA, ist Geschäftsführer des universitären Kompetenzzentrums Medizin — Ethik — Recht Helvetiae (MERH) und Programmkoordinator des Doktoratsprogramm PhD Biomedical Ethics and Law (PhD BmEL) / Law Track.

⁶⁷ Siehe hierzu Art. 61 SMVG und Art. 27 Justizvollzugsgesetz Graubünden (JVG), welcher eine Zwangsernährung gestatten im Gegensatz zur Lösung in der Zuger Verordnung über den strafrechtlichen Justizvollzug gegenüber Erwachsenen vom 7. Dezember 2010 (Stand 23. November 2013), dort §6a, welche keine Zwangsernährung vorsieht. Des Weiteren existieren kombinierende Lösungen, wie die Art. 91 Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMPA) im Kanton Neuenburg.

⁶⁸ Siehe eine vergleichbare Kritik betreffend der zwangsweisen Vollstreckung von medizinischen Massnahmen nach ZGB auch bei ROSCH, Medizinische Massnahmen im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung, in AJP 1/20014 S. 3, 10.